

L'indemnisation des dommages résultant des soins de santé et les alternatives aux procédures judiciaires - Rapport belge

Catherine DELFORGE

Professeure à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Camille DELBRASSINNE

Avocate et assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

1. Introduction. Prétendre exposer les dispositifs assurant l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé peut inviter à exposer plusieurs régimes légaux, certains fondés sur la faute, d'autres qui la présument, d'autres encore qui n'en font pas une condition du droit à réparation. Dans l'exposé qui suit, nous limiterons notre propos à la réparation des dommages causés aux personnes¹ (lésions corporelles et décès) consécutifs à un accident médical, entendu comme celui qui résulte de l'intervention d'un médecin (prestation ou omission), que ce soit dans le cadre d'une pratique individuelle ou au sein d'une institution de soins publique ou privée². Nous excluons, dès lors, certains fondements qui auraient pourtant pu être pertinents par la liaison qu'ils présentent avec la dispensation de soins, comme la responsabilité pouvant être imputée aux fabricants de médicaments prescrits ou administrés aux patients³, ainsi que la possible mise en cause de l'État, que ce soit dans le cadre du contentieux objectif de l'indemnité pouvant être mis en œuvre dans le cadre des dommages consécutifs à une vaccination obligatoire⁴ ou du contentieux subjectif devant les juridictions judiciaires⁵.

Soulignons d'emblée que, sous réserve de l'intervention du Fonds des accidents médicaux⁶, les accidents médicaux ne font pas l'objet d'un dispositif spécifique et ne justifient donc aucune dérogation aux règles contenues dans le Code civil de 1804. La réparation des dommages qui en résultent demeure ainsi entièrement soumise aux règles du droit commun, soit celles qui sont applicables à tout accident dommageable. Ainsi, spécialement, les conditions de mise en œuvre de la responsabilité, les règles probatoires qui s'y appliquent – spécialement les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire, qui font par principe reposer la charge de la preuve sur le demandeur en justice – et les principes régissant la réparation des dommages⁷ gouverneront toute demande de réparation mue par la victime, directe ou indirecte⁸, d'un accident médical.

2. Plan des développements qui suivent. Différentes voies coexistent et peuvent être mises en œuvre en présence d'un accident médical. À côté des procédures judiciaires classiques (chapitre 1), devant les juridictions civile (section 1) et pénale (section 2), des voies

¹ Nous laisserons donc de côté les dommages causés aux biens, pourtant également indemnissables en droit belge.

² La Belgique ne connaît pas le dualisme retenu en France.

³ Loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *Mon.b.*, 22 mars 1991. Dans un tel cadre, un médecin ou un établissement de soins ne pourrait engager sa responsabilité qu'à titre subsidiaire, dans l'éventualité où l'identité du fabricant n'est pas connue.

⁴ Article 11 des lois coordonnées relatives au Conseil d'État.

⁵ Sont concernés, par exemple, à la mise en cause de la responsabilité (articles 1382 et 1383 du Code civil) de l'État dans le cadre de la commercialisation de certains produits de santé s'il devait s'avérer que les dispositifs de pharmacovigilance n'étaient pas suffisants en présence de produits présentant un risque disproportionné pour la santé.

⁶ Voy. *infra* n°30 et s.

⁷ Voy. *infra* n°16 et s.

⁸ Le dommage, alors dit « *par ricochet* » ou « *par répercussion* », est indemnissable et soumis aux règles du droit commun.

alternatives peuvent être mobilisées (chapitre 2), via une saisine du Fonds des accidents médicaux (section 1) ou un accord amiable obtenu à l'issue d'une médiation (section 2).

CHAPITRE I. LES RÉGIMES DE RÉPARATION DES DOMMAGES RÉSULTANT D'ACCIDENTS MÉDICAUX

3. Introduction. L'immunité (civile et pénale) des actes de soins ne bénéficie aux prestataires que si les actes ont été posés dans un but thérapeutique⁹, avec le consentement libre et éclairé du patient¹⁰ (sauf circonstances particulières, comme l'urgence) et étaient diligents, prudents et conformes aux données actuelles de la science. À défaut, l'atteinte portée à l'intégrité physique du patient peut être constitutive d'une infraction pénale¹¹, mais aussi d'une faute civile, contractuelle ou extracontractuelle¹².

Le patient qui s'estime victime d'un dommage causé par un acte ou une omission de soins peut citer celui qu'il estime responsable devant les juridictions civiles (action civile) ou intervenir dans le cadre d'une procédure répressive (action civile accessoire de l'action publique).

SECTION 1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET LA PROCÉDURE CIVILE

§ 1^{er}. Le droit matériel et ses exigences

4. Les responsabilités contractuelle et extracontractuelle: un choix. En matière civile, une *summa divisio* distingue les responsabilités civiles contractuelle et extracontractuelle (ou aquilienne), lesquelles peuvent, en ce domaine, dès lors que l'on est en présence d'une atteinte à l'intégrité physique, toutes deux trouver application¹³. En pareille hypothèse, les victimes ont le choix du dispositif qu'elles entendent mettre en œuvre et, dès lors, des dispositions légales fondant la demande d'indemnisation: pour la responsabilité contractuelle, les articles 1137-1147 du Code civil¹⁴; pour la responsabilité extracontractuelle, les articles 1382 et 1383 du Code civil (faute personnelle), voire, dans certaines circonstances, les articles 1384, alinéa 1^{er} (responsabilité du fait des *choses* dont on a la *garde*¹⁵), 1384, alinéa 3 (responsabilité du *commettant* vis-à-vis de ses *preposés* lorsqu'ils causent un dommage *dans*

⁹ Deux critères sont appliqués: celui de la « *nécessité médicale* » (l'acte doit participer au bien-être physique ou psychologique du patient eu égard à son état de santé) et celui de la proportionnalité (l'acte ne doit pas exposer le patient à des risques disproportionnés eu égard au résultat escompté, à son état de santé préexistant et à son évolution prévisible). Voy. C. DELFORGE, « La responsabilité civile du médecin au regard de la prescription de médicaments », *R.G.D.C.*, 2003, p. 370, n°7.

¹⁰ Voy. les articles 7 et 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient (*Mon.b.* 26 septembre 2002). Voy. à ce propos *infra* n°43.

¹¹ Voy. *infra* n°24 et s.

¹² Voy. *infra* n°4 et s.

¹³ Selon la Cour de cassation, entre contractants et dans le périmètre du contrat, le contrat prime et la victime ne peut donc pas préférer la voie aquilienne. La Cour de cassation enseigne toutefois que la responsabilité aquilienne d'un cocontractant (ou de son agent d'exécution) peut être mise en œuvre s'il est établi que (i) la faute est à tout le moins « mixte » (elle constitue aussi une erreur de conduite au sens de l'article 1382 du Code civil) et que (ii) le dommage n'est pas purement contractuel (Cass., 7 décembre 1973, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9317 ; Cass., 29 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1717). Ces conditions sont rencontrées en présence d'une infraction pénale (Cass., 25 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, 958 ; Cass., 10 juin 2015, *R.G.* P.15.0419.F), spécialement en cas d'atteinte à l'intégrité physique (Cass., 26 octobre 1990, *R.C.J.B.*, 1992, p. 497, note de R.-O. DALCQ). L'infraction se fonde alors sur les articles 418 et 420 du Code pénal.

¹⁴ On rejoint alors la qualification du contrat d'entreprise (article 1710 du Code civil).

¹⁵ Par exemple, lorsque le matériel utilisé par le prestataire présente un défaut qui est la cause du dommage.

le cadre de leurs fonctions¹⁶) ou 1384, alinéa 4 (responsabilité de l'*instituteur* vis-à-vis de ses élèves pendant qu'ils sont sous sa *surveillance*¹⁷) du même code.

La première question qui se pose ainsi est celle de savoir si un contrat existe, la réponse à cette question permettant de qualifier la relation de soins et d'y appliquer les dispositions idoines.

A. La responsabilité contractuelle

5. La responsabilité contractuelle du médecin: le contrat médical. Depuis un célèbre arrêt *Mercier* rendu par la Cour de cassation française le 20 mai 1936¹⁸, il est admis, en Belgique également¹⁹, que le médecin peut²⁰ être lié à son patient par un contrat médical lorsqu'il a été librement choisi par lui. En vertu d'un tel contrat, le médecin s'engage à prodiguer des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science. De son côté, le patient est tenu de rémunérer un tel service et de prêter son concours à l'exécution du contrat, ce qui implique notamment de se soumettre aux directives relatives au suivi du traitement²¹.

Le médecin n'est par principe tenu qu'à une obligation de moyens (article 1137 du Code civil) en raison du caractère aléatoire de son intervention²²; « *soigner n'est pas guérir* ». L'obligation sera, toutefois, qualifiée « *de résultat* » (article 1147 du Code civil) en l'absence d'aléa²³ ou lorsqu'un résultat déterminé a été promis par le prestataire²⁴⁻²⁵. Qualifier l'obligation *de résultat* a une incidence sur le plan probatoire dès lors que la (double) preuve, par le patient, de l'obligation contractée et de la non-obtention du résultat, permettra de présumer la faute du prestataire, lequel ne pourra se libérer qu'en établissant l'existence d'une cause étrangère exonératoire. La victime se trouve donc dans une situation plus avantageuse puisqu'elle n'a plus à établir positivement une faute en considération des engagements consentis – ce qu'il lui reviendrait de faire si l'obligation était de moyens²⁶ –.

Soulignons, enfin, qu'un prestataire peut aussi engager sa responsabilité en raison du fait d'autrui, le médecin devant par principe répondre non seulement de ses fautes, mais

¹⁶ Sont principalement visées les relations de subordination, ou hiérarchiques, ce que l'on rencontre notamment lorsque le prestataire est dans les liens d'un contrat de travail vis-à-vis d'une institution de soins.

¹⁷ On songe au médecin maître de stage.

¹⁸ Cass.fr.civ.1, 20 mai 1936, *D.*, 1936, pp. 88-96.

¹⁹ La Cour de cassation belge semble l'admettre implicitement dans un arrêt du 4 octobre 1973 (*Pas.*, 1974, I, 121). La jurisprudence (voy. not. Civ. Bruxelles, 20 mars 2017, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, pp. 122-134) et la doctrine (voy. not. C. DELFORGE, *op.cit.*, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 368 et s., n°4 et s. et les références citées) suivent cet enseignement.

²⁰ L'existence d'un tel contrat sera généralement exclue en présence de situations d'urgence, d'inconscience ou de troubles mentaux et, plus largement, toutes les fois que le patient n'a pas fait le choix du prestataire.

²¹ À défaut, sa responsabilité pourrait être mise en œuvre et justifier un partage de responsabilité.

²² Voy. not. Civ. Anvers, 26 février 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 401; Liège, 17 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2006/27, p. 1185; Civ. Gand, 16 avril 2007, *Rev.dr.santé*, 2007-2008, p. 371; Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009/25, p. 1161, note de G. GENICOT; Bruxelles, 7 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2017, 15354.

²³ Tel est, par exemple, le cas en matière de stérilisation: Chr. LEMMENS, note sous Civ. Gand, 16 avril 2007, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 379.

²⁴ La jurisprudence retient généralement ce principe en matière de chirurgie esthétique de pur confort.

²⁵ Sur la distinction, voy. Cass., 15 janvier 2010, R.G. C.09.0138F.

²⁶ Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298; Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN.

également de celles commises par ceux qu'il se substitue²⁷ dans l'exécution de ses obligations contractuelles²⁸ lorsque ces substituts sont intervenus sans une demande ni le consentement du patient²⁹. Il s'agit d'une application du principe général de la responsabilité (contractuelle) personnelle³⁰.

6. La responsabilité contractuelle des établissements de soins. Une relation contractuelle peut également se nouer avec un établissement de soins. Ainsi, lors de l'admission d'un patient à l'hôpital, deux cas de figure peuvent se présenter: soit le patient contracte uniquement avec l'hôpital, soit il contracte avec ce dernier et avec le médecin qui assurera son suivi.

La première hypothèse se rencontre lorsque le patient choisit l'hôpital, mais non le médecin qui travaille en son sein. Le contrat hospitalier³¹ ainsi conclu est alors qualifié de contrat *all-in*³², en ce sens que l'hôpital est contractuellement tenu de fournir non seulement « *les soins normaux (le logement, la nourriture, les soins, la mise à la disposition des locaux, du matériel, etc.), mais aussi les prestations médicales* »³³. Dès lors, pour répondre à ses obligations contractuelles, l'établissement doit nécessairement faire appel à des « *agents d'exécution* » (médecins, infirmiers, aides-soignants, etc.), qui peuvent avoir la qualité de « *préposés* »³⁴ ou d'indépendants³⁵. La faute d'un agent d'exécution (préposé ou indépendant) engage³⁶ la responsabilité de l'hôpital³⁷, ce qui n'exclut toutefois pas une éventuelle responsabilité (aquilienne) personnelle de l'agent lui-même.

Il se peut, par ailleurs, et c'est la seconde situation qu'il convient d'envisager, que le patient contracte tant avec le médecin, qui est alors un indépendant, qu'avec l'hôpital. Deux contrats distincts se forment en ce cas, et génèrent leurs propres obligations: un *contrat médical* et un *contrat hospitalier*³⁸. En pareille hypothèse, ce dernier contrat présente toutefois un objet plus limité³⁹. L'établissement sera, en effet, tenu de fournir les soins médicaux d'accompagnement

²⁷ On les nomme « *agents d'exécution* ». Il pourrait s'agir d'un confrère, d'un assistant, d'un membre du personnel infirmier, etc. Les principes énoncés n'énervent en rien celui d'une possible responsabilité personnelle des agents d'exécution.

²⁸ Voy. not. Civ. Turnhout, 12 septembre 1994, *R.G.D.C.*, 1995, p. 249.

²⁹ Cette précision est notamment importante dans l'hypothèse de l'intervention d'un confrère. Lorsque celle-ci fait suite à une demande du patient ou a lieu avec son consentement, le juge peut conclure à la coexistence de contrats distincts et qu'aucune responsabilité pour autrui n'a lieu d'être.

³⁰ Principe consacré, en matière de contrat d'entreprise, par l'article 1797 du Code civil.

³¹ Ou « *contrat d'hospitalisation* ».

³² En pareille situation, la jurisprudence refuse généralement de constater l'existence d'un contrat médical distinct du contrat hospitalier. Voy. Civ. Louvain, 6 mars 2013, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, pp. 108-113.

³³ Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé – Volume 1, La responsabilité contractuelle et extracontractuelle du médecin et de l'hôpital pour leur fait propre », in *Responsabilités, Traité théorique et pratique*, Kluwer, L. 25, T. II, 2000, p.7.

³⁴ Comme déjà écrit, si le médecin est un préposé, aucun contrat n'est conclu avec le patient (Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Marklu, Bruylant, 1996, n°744 et s.), ce qui n'exclut pas une responsabilité personnelle du médecin.

³⁵ Voy. not. Bruxelles, 23 novembre 2010, *R.G.A.R.*, 2011, 14716: un patient se rendant au service des urgences d'un hôpital contracte avec l'institution de soins, non avec l'urgentiste de garde qui le reçoit.

³⁶ Sous réserve, bien entendu, de la preuve des autres conditions de la responsabilité.

³⁷ Civ. Verviers, 16 octobre 1995, *Rev. dr. santé*, 1998-99, 293 ; Liège, 20 décembre 1995, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, 271 ; Liège, 28 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, 268 ; Mons, 27 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1184 ; Bruxelles, 13 janv. 2010, *R.G.A.R.*, 2010, 14655.

³⁸ Le fait qu'un patient se rende dans un hôpital par l'intermédiaire d'un médecin n'exclut donc pas l'existence d'un contrat hospitalier.

³⁹ Liège, 20 décembre 1995, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 721 ; Civ. Arlon (3^e ch.), 3 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1204 ; Bruxelles, 23 novembre 2010, *R.G.A.R.*, 2011, 14716.

et de procurer le logement, l'alimentation, l'infrastructure et le personnel soignant alors que les prestations médicales *sensu stricto* incomberont au médecin⁴⁰. Ceci étant, si le médecin et l'hôpital assument *a priori* des obligations distinctes, la frontière peut se révéler délicate à tracer lorsqu'il s'agit d'imputer une responsabilité contractuelle du fait d'autrui pour les soins médicaux d'accompagnement⁴¹ dès lors que de tels actes peuvent être appréhendés comme relevant de l'exécution des missions tant de l'hôpital que du médecin. Il reviendra, en ce cas, et ce n'est guère aisé⁴², d'identifier *in concreto*, pour chaque prestation, si elle a été réalisée dans le cadre du contrat médical ou du contrat d'hospitalisation⁴³.

On notera, enfin, qu'en matière d'infections nosocomiales, la jurisprudence retient le principe d'une obligation de moyens dans le chef des établissements hospitaliers dès lors qu'elles ne peuvent être totalement endiguées malgré le respect de strictes mesures d'hygiène⁴⁴. Une obligation de résultat est, par contre, généralement retenue pour ce qui concerne la surveillance des patients⁴⁵.

B. La responsabilité extracontractuelle

7. Les principes. En l'absence de contrat ou, en sa présence, lorsque les conditions de l'option des responsabilités sont rencontrées⁴⁶, la victime peut préférer fonder sa demande d'indemnisation sur le droit de la responsabilité extracontractuelle. La première, et principale, source de responsabilité, issue d'une combinaison des articles 1382 et 1383 du Code civil, est une responsabilité personnelle pour faute. Ces bases légales peuvent être invoquées en toutes circonstances, et vis-à-vis de toute personne, dès lors que trois conditions sont établies: une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Ces exigences, quoiqu'identifiées par la loi, ne sont pas légalement précisées dans leur contenu. Leurs contours ont donc été façonnés au gré d'une jurisprudence et d'une doctrine foisonnantes, parfois hésitantes.

8. La charge de la preuve. Comme en matière contractuelle, les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire dictent que c'est sur le demandeur en justice que repose la charge de la preuve des conditions de la responsabilité⁴⁷. C'est donc lui également qui supportera le risque qu'une telle preuve ne soit pas rapportée. S'agissant toutefois de faits juridiques, tous les modes de preuve sont recevables en justice, en ce compris les présomptions dès lors qu'elles sont graves, précises et concordantes (article 1353 du Code civil)⁴⁸. Le juge apprécie souverainement leur valeur probante⁴⁹.

1. La faute

⁴⁰ Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé », *op. cit.*, 2000, p.7.

⁴¹ Administration d'injections, fourniture de médicaments, accomplissement d'examen de laboratoire ou, encore, surveillance du patient.

⁴² Voy. not. Gand, 28 juin 2006, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, 408 ; Gand, 20 déc. 2007, *Bull. ass.*, 2009, 53.

⁴³ B. FOSSEPREZ et A. PÜTZ, « Les intervenants au procès civil en responsabilité médicale », *Con. M.*, 2014/4, p. 195.

⁴⁴ Voy. Bruxelles, (4^e ch.), 19 septembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017, 15355 (MRSA).

⁴⁵ Chr. LEMMENS, note sous Civ. Gand, 16 avril 2007, *Rev.dr.santé*, 2007-2008, p. 379.

⁴⁶ Voy. à ce propos Th. VANSWEEVELT, *op. cit.*, 1996, n°760 et s.

⁴⁷ Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. Santé*, 2004-2005, p. 298.

⁴⁸ Bruxelles (4^e ch.), 7 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2017, 15354.

⁴⁹ Cass., 4 avril 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 861.

9. Une condition nécessaire de la responsabilité aquilienne. La survenance d'un dommage ne suffit pas⁵⁰, pas davantage que la preuve d'un lien de causalité entre le dommage et la prestation de soins⁵¹. Une faute doit être établie, mais, dans ce cadre, la plus légère (*culpa levissima*) suffit⁵².

10. Les contours prétoriens de la faute. On enseigne qu'un agent commet une faute s'il méconnaît, de façon libre et consciente⁵³ (composante subjective de la faute), une norme de comportement (composante objective de la faute), laquelle peut être soit formulée (méconnaissance de la loi⁵⁴) soit façonnée *a posteriori* par le juge au moment du procès (méconnaissance de la norme générale de prudence, ou erreur de conduite). Ainsi, même en l'absence de violation d'une obligation légale, les juridictions du fond restent habilitées à apprécier si le médecin a par ailleurs adopté un comportement *normalement prudent et diligent* dans les circonstances qui étaient celles de la réalisation du dommage⁵⁵.

Dans ce dernier cas, l'appréciation, *in abstracto*, du comportement du prestataire est adaptée dans le domaine médical dès lors que sa spécialité et son domaine de compétence affinent nécessairement le niveau des attentes légitimes. Ainsi, pour apprécier si un médecin a commis une faute, le juge appréciera s'il a agi comme aurait agi un autre médecin *de la même spécialité* normalement prudent et diligent⁵⁶, placé dans les *mêmes circonstances de fait*⁵⁷, en tenant compte de l'état des connaissances scientifiques disponibles au moment de l'acte dommageable⁵⁸⁻⁵⁹. C'est sur la base de ce raisonnement que l'on admet, par exemple, que l'erreur de diagnostic ne constitue pas en soi une faute professionnelle, et ne le devient que si elle n'aurait pas été commise par un médecin normalement prudent et diligent, eu égard aux données acquises de la science.

11. Les difficultés probatoires. Dans la pratique, faire supporter la charge de la preuve de la faute par le patient est particulièrement laborieux. La médecine est une science technique et complexe et il est parfois malaisé de distinguer la faute de l'aléa qui n'est que la conséquence du risque médical⁶⁰. Afin de pallier ces difficultés, la jurisprudence tolère un allègement de la

⁵⁰ Cass., 3 mai 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 972; Cass., 4 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 125; Cass., 14 décembre 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 370, *J.T.*, 1991, p. 743, *Dr. circ.*, 1991, p. 112 ; Cass., 4 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 149 ; Cass., 10 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 807.

⁵¹ Cass., 14 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 370.

⁵² Liège (6^e ch.), 30 juin 1995, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 49.

⁵³ Le fait illicite, résultant de la méconnaissance de la norme, doit être *imputable* à son auteur, en ce sens que ce dernier doit avoir agi librement et consciemment. Le discernement doit être apprécié au moment de l'acte dommageable, sachant que la conscience peut être altérée de manière passagère.

⁵⁴ La faute peut résulter de la transgression matérielle d'une norme légale ou réglementaire *impérative* qui impose un comportement *déterminé* à son destinataire.

⁵⁵ Cass., 27 juin 2002, *Pas.*, 2002, p. 1463.

⁵⁶ Le *bonus pater familias* se transforme ainsi en *bonus medicis* (Th. VANSWEEVELT, *op.cit.*, 1996, p.87). Voy. aussi Liège, 30 juin 1995, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 49 ; Civ. Tongres, 10 septembre 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 232 ; Civ. Courtrai, 4 décembre 1998, *Bull. Ass.*, 2007, p. 106 ; Bruxelles, 7 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2017, 15354.

⁵⁷ Liège, 15 mai 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9521 ; Mons, 28 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1996, p.91, note D.-M. PHILIPPE ; Gand, 21 février 1995, *Dr. Circ.*, 1996, p.15.

⁵⁸ Anvers, 30 juin 1997, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 201, note S. LIERMAN; Liège, 23 décembre 1997, *R.G.A.R.*, 1999, 13168.

⁵⁹ L'exigence ainsi posée par le droit de la responsabilité aquilienne fait écho à celle consacrée par l'article 5 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et par l'article, 34 § 1^{er} du Code de déontologie médicale (disponible à l'adresse <https://www.ordomedic.be/fr/code/>).

⁶⁰ Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé », *op. cit.*, 2000, p. 35. Voy. également Liège, 29 septembre 1998, *R.G.A.R.*, 2000, n°13.

charge de la preuve en recevant le critère dit du « *cours normal des choses* » (*res ipsa loquitur*). En vertu de celui-ci, les juges s'autorisent à considérer que l'acte posé est fautif dès que l'accident ne pouvait se produire sans l'intervention d'un comportement nécessairement qualifié de tel⁶¹. La jurisprudence pousse d'ailleurs parfois cette logique assez loin, en instaurant une présomption de faute à partir du seul constat du dommage subi suite à une intervention médicale⁶².

12. La situation particulière de la méconnaissance du devoir d'information. L'article 8, § 1^{er} de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient⁶³ accorde à celui-ci « *le droit de consentir librement à toute intervention du praticien professionnel moyennant information préalable* » et précise que « *Ce consentement est donné expressément, sauf lorsque le praticien professionnel, après avoir informé suffisamment le patient, peut raisonnablement inférer du comportement de celui-ci qu'il consent à l'intervention* ». Le médecin est donc tenu non seulement d'informer le patient, mais aussi d'obtenir son consentement préalable à l'acte de soins.

La question de la charge de la preuve en matière d'information a été tranchée en France dans un arrêt du 25 février 1997⁶⁴. Sous le visa de l'article 1315, alinéa 2 du Code civil, la Cour de cassation décidait alors que « *le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation* ». La Cour de cassation belge n'a toutefois pas suivi cet enseignement, jugeant que « *le patient, qui invoque que le médecin n'a pas respecté son devoir d'information et qu'il a ainsi subi un dommage, a la charge de le prouver* »⁶⁵. Il s'agit d'une application des principes généraux en vertu desquels le demandeur en justice a la charge de prouver les conditions de la responsabilité, spécialement lorsque l'on est en présence d'une obligation de moyens - comme notre Cour de cassation semble qualifier l'obligation d'information ainsi édictée -.

Hors du domaine médical, dans le cadre d'une contestation des frais et honoraires demandés par un avocat⁶⁶, la haute juridiction belge a toutefois, par un arrêt du 25 juin 2015⁶⁷, décidé « *qu'il résulte des règles relatives à la charge de la preuve que c'est à l'avocat qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client, et non à ce dernier de prouver le fait négatif que l'information requise ne lui a pas été donnée* ». Des auteurs⁶⁸ et juges⁶⁹ y ont vu un revirement de jurisprudence, et préconisent de transposer le principe en

⁶¹ Trib. Bruxelles, 21 novembre 2011, *J.L.M.B.*, 2013, 797 et *Con. M.*, 2012, 96, note E. LANGENAKEN. Tel est notamment le cas de l'oubli d'un corps étranger dans le corps du patient (Bruxelles, 28 nov. 2011, *R.G.A.R.*, 2012, 14819, note D. SCIEU).

⁶² Voy. not. Anvers (1^{ère} ch. bis), 16 octobre 2002, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p.185, qui juge que dès lors que la paralysie dont souffre le patient suite à une intervention n'est pas due à une cause intrinsèque, le dommage ne peut être que la conséquence d'une faute du chirurgien.

⁶³ *Mon.b.*, 26 septembre 2002.

⁶⁴ Cass. fr., 25 février 1997, *R.G.A.R.*, 1997, 12.858.

⁶⁵ Cass., 14 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532 ; Cass., 16 décembre 2004, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161, *Rev. dr. Santé*, 2004-2005, p. 298.

⁶⁶ De son côté, le justiciable reprochait à son avocat de ne pas l'avoir informé de ce qu'il était dans les conditions pour pouvoir bénéficier de l'aide juridique.

⁶⁷ Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, 15219, note F. GLANSDORFF.

⁶⁸ Fr. GLANSDORFF, note sous Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, 15219 ; I. REUSENS, « Du devoir d'information du médecin au devoir de collaboration du patient : plaidoyer pour un dialogue thérapeutique », *Cons. Man.*, 2016/2, pp. 97-121.

⁶⁹ Civ. (francophone) Bruxelles, 20 mars 2017, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, pp. 122-134 ; Civ. Bruxelles, (11^e Ch.), 29 février 2016, *Rev. Dr. Santé*, 2015-2016, liv. 5, 370, note Chr. LEMMENS et *Cons. Man.*, 2016, pp. 97 et s. ; Civ. Bruxelles, 5 janvier 2016, *J.T.*, 2016, pp. 404 et s.

droit médical. D'autres demeurent toutefois plus sceptiques⁷⁰ et affirment que l'arrêt ainsi rendu peut également être interprété comme appliquant les principes classiques en matière de charge de la preuve dès lors qu'en l'espèce, c'était l'avocat qui était demandeur en justice puisqu'il poursuivait le paiement de ses honoraires⁷¹.

Une issue pourra peut-être être trouvée dans le cadre de la réforme du Code civil qui verra prochainement le jour en Belgique. S'agissant du régime de la preuve, l'avant-projet actuellement soumis à une consultation publique autorise, en effet, le juge à déterminer librement qui du demandeur ou du défendeur supporte la charge de la preuve lorsque l'application des règles du Code civil aboutit à « *un résultat manifestement déraisonnable* »⁷², ce qui pourrait être le cas dans le domaine médical. Dans le cadre de la réforme de la théorie générale des obligations, ensuite, une nouvelle disposition énoncerait, pour ce qui concerne le devoir d'information précontractuel⁷³, en cours de négociations, que « *la partie qui prétend que l'information lui était due doit prouver l'existence du devoir d'information* » et, surtout, que « *L'autre partie doit prouver avoir fourni l'information due* »⁷⁴. Il nous semblerait, pour notre part, opportun d'en faire un principe général applicable en toutes circonstances, au-delà donc des négociations, à tout le moins lorsque l'on est en présence d'un professionnel et d'un consommateur.

2. Le lien de causalité entre la faute et le dommage

13. Les contours prétoriens de la causalité. La victime est, par ailleurs, tenue d'établir l'existence d'un lien causal entre la faute et le dommage dont elle demande la réparation⁷⁵. Le droit belge retient majoritairement la théorie dite de l'équivalence des conditions en vertu de laquelle est en lien causal avec le dommage toute faute sans laquelle celui-ci ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit *in concreto*, toute chose étant égale par ailleurs⁷⁶. La causalité ainsi entendue est non sélective; elle n'impose aucun jugement de valeur entre les événements ayant contribué au dommage, ou à son aggravation⁷⁷.

Il s'ensuit qu'en cas de pluralité de fautes en lien causal avec un même dommage, chaque fautif sera tenu de le réparer intégralement sur le plan de l'obligation à la dette (obligation *in*

⁷⁰ M.-A. ORLANDO, « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin : un revirement de jurisprudence ? », *R.G.A.R.*, 2017, 15374, qui commente les décisions précitées et cite des décisions en sens contraire.

⁷¹ En ce sens M.-A. ORLANDO, *op.cit.*, *R.G.A.R.*, 2017, 15374, qui n'y voit pas un revirement de jurisprudence et se montre critique envers une admission du transfert de la charge de la preuve sur les épaules du médecin.

⁷² Nouvel article 3 du Livre VIII du Code civil.

⁷³ Resterait, bien entendu, à préciser si l'hypothèse envisagée intègre effectivement ce domaine d'application.

⁷⁴ Nouvel article 20, alinéa 2 du nouveau Livre VI du Code civil.

⁷⁵ Cass., 12 juin 2017, R.G. 16.0428N ; Cass., 9 novembre 2012, R.G. C.11.0563.N ; Cass., 25 mai 2011, R.G. P.10.1111.F ; Cass., 17 décembre 2009, 2 arrêts, R.G. C.09.0190.N et R.G. C.08.0145.N ; Cass., 11 septembre 2009, R.G. C.08.0199F ; Cass., 26 juin 2008, R.G. C.07.0272.N. Voy. aussi J.-L. FAGNART, « Petite navigation dans les méandres de la causalité », *R.G.A.R.*, 2006, 14080, n°2.

⁷⁶ Cass., 12 juin 2017, R.G. 16.0428N ; Cass., 23 avril 2009, R.G. 07.0568.F ; Cass., 23 septembre 2013, R.G. C.12.0559.N ; Cass., 6 décembre 2013, R.G. C.10.0204.F ; Cass., 11 juin 2009, R.G. C.08.0199F ; Cass., 11 septembre 2006, R.G. C.05.0390.F ; Cass., 21 février 2001, *Pas.*, n°107 ; Cass., 24 novembre 1999, *Pas.*, n°625 ; Cass., 30 oct. 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 250.

⁷⁷ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, n° 2426.

solidum)⁷⁸. De même, la victime⁷⁹ pourra se voir reprocher sa propre faute lorsqu'elle est en lien causal avec le dommage et, dès lors, voir son droit à réparation limité à due concurrence⁸⁰.

14. La preuve du lien causal. Le demandeur en réparation doit prouver l'existence d'un lien causal *certain* entre la faute et le dommage. Il s'agit toutefois d'une certitude judiciaire, non scientifique. Un degré élevé de vraisemblance suffit dès lors que le juge ne peut envisager sérieusement une autre cause au dommage⁸¹.

En matière médicale, la preuve de la causalité sera d'autant plus complexe en présence d'un acte de négligence⁸², puisqu'il s'agira de démontrer qu'un traitement médical adéquat aurait permis d'éviter le dommage.

15. Les possibilités d'exonération du médecin. Le médecin garde la possibilité d'établir l'existence d'un cas de force majeure ou d'une faute commise par un tiers ou par le patient⁸³. Ce n'est, toutefois, que si ces causes sont les causes exclusives du dommage qu'il pourra espérer être totalement exonéré. À défaut, si elles ont uniquement contribué à la réalisation du dommage, le médecin restera totalement (force majeure) ou partiellement (fautes concurrentes⁸⁴) tenu à la réparation.

3. Le dommage et sa réparation

16. Les contours prétoriens du dommage et les conditions de sa réparation. La victime doit, enfin, établir l'existence et l'étendue du dommage⁸⁵.

La Cour de cassation consacre une acception large du dommage: est prise en considération toute atteinte à un intérêt ou toute perte d'un avantage légitime⁸⁶. Il suffit, à cet égard, que la victime se trouve, après l'accident dommageable, dans une situation moins favorable qu'avant sa survenance⁸⁷. Toutefois, pour être réparable, le dommage doit être *personnel* - mais il peut être indirect, ce qui est aussi le cas du dommage subi par les proches⁸⁸ -. Il doit également être

⁷⁸ Gand (27^e ch.), 5 janvier 2000, *R.G.A.R.*, 2001, n°13.393.

⁷⁹ Il en va de même de ses proches, en cas de faute de la victime directe: voy. spéc. Cass., 16 février 2011, R.G. P.10.1232F, *Pas.*, 2011, n°137.

⁸⁰ Cass., 16 novembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017, 15368; Cass., 13 mars 2013, R.G. P.2012.1830.F; Cass., 26 septembre 2012, R.G. P.2012.0377.F; Cass., 14 novembre 2012, R.G. P.2011.1611.F; Cass., 10 juin 2010, R.G. C.08.0211.F; Cass., 2 décembre 2009, *R.G.A.R.*, 2010, 14.616; Cass., 9 octobre 2009, R.G. C.07.0370.F; Cass., 8 juin 2009, R.G. C.08.0568.N; Cass., 23 mai 2007, *Pas.*, n°268; Cass., 12 février 2003, *Pas.*, 2003, n°100; Cass. 10 juin 2003, *Pas.*, 2003, n°341; Cass., 7 novembre 1990, *Pas.*, n°130; Cass., 20 novembre 1967, *Pas.*, 1968, I, 375.

⁸¹ À l'inverse, une simple probabilité ne rencontre pas l'exigence de certitude ainsi posée (Cass., 17 septembre 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, p. 95).

⁸² Th. VANSWEEVELT, *op. cit.*, 1996, n°491.

⁸³ Th. VANSWEEVELT, *op. cit.*, 1996, n°495 et s.

⁸⁴ Sur le plan de l'*obligation à la dette*, comme il a été précisé *supra*, en cas de fautes concurrentes de tiers (ex. un médecin et un pharmacien, deux médecins), chaque prestataire reste tenu au tout vis-à-vis de la victime. C'est uniquement sur le plan de la *contribution à la dette*, dans un second temps, qu'une limitation de la part de responsabilité de chacun pourra être prise en compte.

⁸⁵ Cass., 16 décembre 2014, R.G. C.03.0407.N; Cass., 15 janvier 2008, R.G. P.07.1247.N; Cass., 13 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 52.

⁸⁶ Cass., 17 octobre 2016, *R.G.A.R.*, 2017, 15388 et 15389; Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25.

⁸⁷ J. RONSE, *et al.*, *Schade en schadeloosstelling*, I, *A.P.R.*, Gand, Story-Scientia, 1984, p.8.

⁸⁸ Cass., 16 février 2011, R.G. P.10.1232F. En cas de décès, on distingue le préjudice par répercussion (subi par les proches) du préjudice *ex haerede* (subi par la victime directe entre le jour de l'accident et celui de son décès).

*certain*⁸⁹ et *légitime*⁹⁰. Il ne devra, par ailleurs, pas avoir été déjà réparé, par exemple grâce à l'intervention d'un assureur ou d'un organisme public de soins de santé⁹¹.

17. Les principes civilistes gouvernant la réparation des dommages. Le droit civil belge consacre trois grands principes de réparation⁹². Le premier est celui de la *réparation intégrale* du dommage, en ce sens que la victime doit être replacée dans la situation qui aurait été la sienne si l'acte fautif n'avait pas été commis⁹³, ni plus⁹⁴ ni moins⁹⁵. Et, sur ce plan, tout dommage, aussi minime soit-il, mérite d'être indemnisé. Dans le prolongement, la victime a un droit de libre disposition de l'indemnité qui lui est allouée: le juge ne pourrait conditionner son octroi à la preuve d'une affectation au poste de dommage qu'il tend à réparer⁹⁶.

Le second principe est celui de la réparation *in concreto* du dommage⁹⁷. Le juge est tenu de prendre en considération toutes les caractéristiques propres à la situation particulière de la victime et qui ont une influence sur l'étendue de son dommage (âge, sexe, profession, formation, situation familiale, etc.)⁹⁸.

Troisièmement, si la créance de réparation naît le jour de la survenance du dommage⁹⁹, l'évaluation de l'ampleur de ce dernier, dans ses composantes passées et futures, doit avoir lieu au jour du prononcé de la décision judiciaire¹⁰⁰. Et le juge devra tenir compte des variations dans la consistance du dommage postérieurement à l'accident lorsqu'elles sont certaines *et* en lien avec le fait générateur ou le dommage initial¹⁰¹.

La victime doit, pour sa part, agir en personne prudente et raisonnable afin de ne pas aggraver fautivement son dommage¹⁰². L'exigence n'implique toutefois pas de rechercher à tout prix la voie la moins onéreuse, mais bien la plus adéquate.

La réparation de ce second dommage peut aussi être demandée, au nom de la victime, par ses proches, la créance de réparation intégrant le patrimoine successoral.

⁸⁹ Ceci n'impose pas qu'il soit déjà né et actuel. Un dommage futur est réparable s'il est établi qu'il se produira de manière certaine. La certitude du dommage doit par ailleurs exister dans son principe, non dans son étendue.

⁹⁰ Ainsi, par exemple, la victime ne pourra réclamer l'indemnisation de la perte de revenus liés à un travail non déclaré.

⁹¹ La victime ne peut cumuler des prestations financières à caractère indemnitaire. En pareille situation, elle est tenue de déduire du montant dont elle sollicite la réparation les postes pour lesquels elle a déjà obtenu une indemnité réparatrice. Le tiers *solvens* ayant contribué à réparer le dommage disposera d'une action (quasi)subrogatoire afin de récupérer la part qui a été versée à la victime.

⁹² S'ajoutent des principes du droit judiciaire: (i) le principe dispositif en vertu duquel les parties assument la direction du procès et cantonnent l'office du juge (Cass., 20 novembre 2012, R.G. P.12.0499.N ; Cass., 20 février 2006, R.G. C.04.0366.N), (ii) l'interdiction de statuer *ultra petita*, au-delà de ce qui est demandé (Cass., 8 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, 495), et (iii) l'obligation de motiver toute décision judiciaire (article 149 de la Constitution).

⁹³ Cass., 9 avril 2003, *Pas.*, 2003, p.765 ; Cass., 22 juin 2017, R.G. C. 16.0282.F.

⁹⁴ Cass., 1^{er} février 2013, R.G. C.2012.0205N.

⁹⁵ Cass., 13 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2017, 15359.

⁹⁶ Voy. D. DE CALLATAÏ, « L'affectation des dommages et intérêts et la détermination du dommage », in *Mélanges R.O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 87-96.

⁹⁷ Voy. not. Cass., 8 janvier 2016, *Bull. ass.*, 2016, liv.4, 486 ; Cass., 16 avril 2015, R.G. C. 13.0305.F ; Cass., 7 février 2012, R.G. C.11.0451.F.

⁹⁸ Cass., 14 janvier 1998, R.G. P.97.1060F.

⁹⁹ Cass., 15 février 2007, R.G. C.05.0274F.

¹⁰⁰ Cass., 17 janvier 1929, *Pas.*, 1931, I, p. 99 ; Cass., 23 avril 2012, R.G. C.11.0478N.

¹⁰¹ Cass., 29 septembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 509.

¹⁰² Cass., 27 janvier 2010, R.G. P.09.0770.F.

18. Les postes de dommages réparables. En présence d'une atteinte à l'intégrité physique, le droit belge distingue les dommages matériels et moraux. Aux premiers ressortiront, par exemple, l'incapacité économique, le préjudice ménager, la perte d'une année d'étude ainsi que les frais consentis ensuite de l'accident (frais d'hospitalisation, frais pharmaceutiques et médicaux, frais de prothèses, frais de déplacement, frais administratifs, etc.); des seconds relèvent notamment l'incapacité personnelle¹⁰³, le préjudice esthétique, le préjudice d'agrément, le préjudice sexuel, le préjudice de souffrance (*praetium doloris*), etc.

La victime peut également solliciter le paiement d'intérêts compensatoires et moratoires¹⁰⁴.

19. La preuve du dommage. L'existence du dommage et la détermination de son étendue requièrent l'intervention d'un médecin-expert. Il revient, ensuite, au conseil juridique de la victime (avocat ou juriste) de traduire l'information technique ainsi reçue en considération des classifications juridiques et d'en proposer une évaluation chiffrée. Sur ce dernier point, on relèvera l'existence d'un référent prétorien: le *Tableau indicatif de l'Union nationale des magistrats de première instance et de l'Union royale des juges de paix et de police*, dont la plus récente version date de 2016. L'outil se présente comme « un facteur d'uniformisation de la réparation du préjudice corporel »¹⁰⁵, qui peut être aussi un « garde-fou contre des indemnités inéquitable »¹⁰⁶. Ce tableau reste toutefois *indicatif*; il ne peut contrarier le principe selon lequel le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation du dommage et de son mode de réparation¹⁰⁷.

20. Les modes de réparation du dommage. Comme en matière contractuelle, la victime a par principe le choix de poursuivre la réparation en nature ou par équivalent¹⁰⁸.

En matière d'évaluation du préjudice permanent¹⁰⁹, la doctrine et la jurisprudence connaissent différents modes de calculs, plus ou moins favorables aux victimes et dont le choix cristallise souvent les positions. Le droit belge connaît trois modes de calcul de ce préjudice: la rente¹¹⁰, la capitalisation¹¹¹ et le forfait¹¹².

¹⁰³ Selon la formulation retenue par le *Tableau indicatif* pour viser ce que l'on nomme classiquement le dommage moral.

¹⁰⁴ Les intérêts moratoires et compensatoires sanctionnent un retard dans le paiement, mais les premiers indemnisent le dommage résultant du paiement différé de l'indemnité (Cass., 22 juin 2010, R.G. P.09.1912.N) et courent du jour de la survenance du dommage (naissance du droit à réparation) jusqu'à la liquidation de la créance par le juge alors que les seconds portent sur la créance de réparation qui a été liquidée par le juge. Voy. I. SAMOY, S. STIJS et S. JANSEN, « Dommages et intérêts compensatoires et moratoires », in B. Dubuisson et P. Jourdain (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 145-213.

¹⁰⁵ Th. PAPART et B. CEULEMANS, *Le vademecum du Tribunal de police*, 2013, Waterloo, Kluwer, p. 569.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Cons. not. Cass., 11 septembre 2009, R.G. 08.0031.F.

¹⁰⁸ Cass., 30 janvier 1965, *R.C.J.B.*, 1966, p. 77, note J. DABIN ; Cass., 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 300, note P. VAN OMMESLAGHE ; Cass., 5 mai 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 247, note P. WÉRY.

¹⁰⁹ L'expert déterminera les périodes d'incapacité temporaire (durant lesquelles l'intensité du dommage varie), la date de consolidation (moment à partir duquel l'expert estime soit que la victime est guérie soit qu'elle subit une incapacité permanente) et l'incapacité permanente.

¹¹⁰ Il s'agit d'une indemnité périodique, révisable et indexable, ayant vocation à se rapprocher au plus près du dommage tout en protégeant contre tout évènement futur (comme une modification de la situation familiale ou économique de la victime).

¹¹¹ Il s'agit de la constitution, à dater du jugement ou de l'accord amiable, d'un capital devant permettre à la victime d'être indemnisée, selon le poste de dommage, jusqu'à la fin de sa vie lucrative ou jusqu'à son décès, en tenant compte de son espérance de vie et d'un coefficient compensant l'érosion monétaire.

Pour certains postes, tels les frais consécutifs à l'accident dommageable (frais médicaux et pharmaceutiques, frais d'hospitalisation, aide d'une tierce personne, etc.), l'évaluation est aisée: il suffit de rembourser à la victime les débours qu'elle a effectués et dont elle prouve la réalité et le montant. Dans d'autres cas, comme pour le dommage moral par exemple, une telle précision n'est pas possible et le montant de l'indemnité pourra être fixé forfaitairement par le juge¹¹³.

21. La prescription¹¹⁴. Selon l'article 2262bis, § 1^{er} du Code civil, les actions personnelles, telle celle en responsabilité contractuelle, se prescrivent par dix ans. Par dérogation, l'alinéa 2 énonce, toutefois, que « *toute action en réparation d'un dommage fondée sur une responsabilité extracontractuelle se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage¹¹⁵ ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable. [Ces] actions [...] se prescrivent en tout cas par vingt ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage* ». La coexistence de ces deux délais induit que, dans l'hypothèse où les conditions de l'option entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle sont rencontrées¹¹⁶, la question de la prescription peut guider le choix de la base légale invoquée. En effet, en matière de responsabilité médicale, il peut arriver que le dommage apparaisse de longues années après l'acte médical. Si l'action en responsabilité contractuelle devait en ce cas être prescrite, l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil pourrait ne pas l'être.

§ 2. La procédure civile et ses exigences

22. L'action directe de la victime. La victime dispose d'une action directe contre l'assureur « RC » du responsable¹¹⁷, qui est un garant solvable¹¹⁸. Dans l'hypothèse d'un dommage corporel très lourd, elle aura intérêt à poursuivre tant le prestataire que son assureur, ce dernier risquant de limiter l'indemnisation du dommage au maximum de son plafond d'intervention.

23. Introduction de la demande et l'expertise. L'introduction de l'action se fait par voie de citation¹¹⁹ ou requête en comparution volontaire¹²⁰.

Afin de déterminer si un prestataire a commis une faute en lien causal avec le dommage, le juge devra le plus souvent s'entourer de l'avis technique d'un ou plusieurs experts¹²¹. Une telle mesure d'expertise peut être sollicitée dès l'audience d'introduction. Elle permet

¹¹² Le *Tableau indicatif* propose notamment différents forfaits selon l'âge de la victime au jour de la consolidation.

¹¹³ Si le juge fixe le forfait en équité, il doit motiver le rejet des autres méthodes de réparation et le fait qu'il ne dispose d'aucune possibilité de déterminer autrement le dommage : Cass., 17 février 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 683, obs. Th. PAPART.

¹¹⁴ Ces délais de prescription peuvent être interrompus ou suspendus.

¹¹⁵ La connaissance de l'existence d'un dommage n'implique pas celle de son étendue (Cass., 9 décembre 2010, *Circulation, Responsabilité et Assurances*, 2011, p. 415). Par ailleurs, s'il faut que la victime « *soit en mesure d'établir un lien causal entre le fait générateur du dommage et ce dernier, il n'est pas requis à cet égard que la personne lésée ait connaissance d'un lien causal certain et établi* » (Cass., 5 septembre 2014, R.G. C.12.0605.N).

¹¹⁶ Voy. *supra* n°4.

¹¹⁷ Article 150 de la loi du 4 avril 2014 sur les assurances, *Mon.b.*, 30 avril 2014.

¹¹⁸ Le droit belge n'oblige pas la souscription d'une assurance couvrant la responsabilité professionnelle.

¹¹⁹ Articles 700 à 705 du Code judiciaire.

¹²⁰ Article 706 du Code judiciaire. Cette voie présente l'avantage de ne pas générer de frais d'huissier.

¹²¹ Article 962 du Code judiciaire.

d'éclairer sur les faits et l'appréciation qu'il convient d'en faire¹²², mais présente l'inconvénient de représenter un coût considérable, tant en temps qu'en argent¹²³. Ainsi, afin d'éviter de diligenter des mesures inutiles, le demandeur qui sollicite une expertise doit convaincre le juge de son opportunité et, dès lors, apporter un début de preuve¹²⁴. Dans le cadre de la procédure civile, l'expertise est technique¹²⁵, contradictoire¹²⁶ et subsidiaire¹²⁷.

La mesure d'expertise sera généralement ordonnée avant-dire-droit, avant de statuer au fond. Les conclusions de l'expertise constituent un avis duquel le juge pourra se départir s'il motive sa décision¹²⁸.

SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE ET LA PROCÉDURE PÉNALE

24. Introduction. La faute civile peut coïncider avec une infraction pénale, spécialement les délits de coups et blessures et d'homicide involontaires visés aux articles 418 et 420 du Code pénal. En ce cas, le fondement de la demande d'indemnisation restera un fondement puisé dans le droit de la responsabilité civile, seule à avoir une visée indemnitaire¹²⁹, mais cette action civile pourra être portée *soit* devant la juridiction répressive saisie de l'action publique, soit devant une juridiction civile.

25. Les aspects procéduraux. L'action publique est diligentée à l'initiative du Parquet ou suite au dépôt de plainte par la victime.

Afin de juger de la légalité et de l'opportunité des poursuites, le Procureur du Roi¹³⁰ devra réaliser un « ensemble d'actes destinés à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves, et à rassembler les éléments utiles à l'exercice de l'action publique »¹³¹.

Dans la présente matière, le Procureur du Roi sollicite régulièrement l'intervention d'un juge d'instruction, lequel peut seul ordonner une mesure d'expertise¹³². Dès que le juge d'instruction, qui doit instruire à charge et à décharge¹³³, estime son instruction complète, il transmet le dossier au Procureur du Roi, qui trace un réquisitoire de non-lieu (s'il estime les charges insuffisantes) ou de renvoi devant la juridiction compétente. La décision est prise par la Chambre du conseil¹³⁴ qui, si elle estime les charges suffisantes, prononce une ordonnance

¹²² En matière de responsabilité médicale, la mission sera généralement double, portant sur l'établissement du fait générateur et l'étendue du dommage corporel.

¹²³ D. MOUGENOT, « Expertise judiciaire. Approche juridique » in. X., *Expertise. Commentaire pratique*. III.1-1 - III.6-6, Kluwer, 2010, p. 24.

¹²⁴ Civ. Mons, 29 mai 1991, *Bull. ass.*, 1994, p. 128.

¹²⁵ L'expert ne peut éclairer le juge que sur les aspects techniques, non sur leur traduction juridique (Cass., 25 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 89).

¹²⁶ Toutes les parties doivent connaître de tous les éléments de l'expertise ; tout document transmis à l'expert doit l'être aux autres parties.

¹²⁷ Le juge ne peut être contraint de recourir à une mesure d'expertise (Cass., 29 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 782). L'article 875*bis* du Code judiciaire lui impose de motiver le recours à cette mesure d'instruction.

¹²⁸ Article 962 du Code judiciaire. Voy. Cass., 5 avril 1962, *Pas.*, 1962, I, p.879.

¹²⁹ La responsabilité pénale, qui donne lieu à une action publique, n'a pas vocation à allouer une réparation; elle sanctionne uniquement un comportement contraire aux intérêts de la société.

¹³⁰ Magistrat membre du Ministère public porteur des intérêts de la société.

¹³¹ Article 28*bis*, §1^{er}, al. 1 Code d'instruction criminelle (ci-après CiCr).

¹³² Article 43 du CiCr.

¹³³ Article 56, § 1^{er}, al. 1 du CiCr.

¹³⁴ Article 127, § 4 du CiCr.

de renvoi devant les juridictions de fond¹³⁵. C'est le tribunal qui tranchera alors le fond de l'affaire, en condamnant ou en acquittant le prévenu.

L'action publique peut être mise en œuvre par le parquet suite à une plainte déposée par la victime¹³⁶. Elle pourra alors être mise en mouvement via une citation directe devant la juridiction de jugement¹³⁷ ou une constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction¹³⁸. La partie civile peut bien entendu également intervenir au procès pénal alors que l'action publique a déjà été initiée par le Parquet.

26. La coexistence des responsabilités civile et pénale. En cas de coexistence entre les responsabilités civile et pénale, la victime a le choix de porter sa demande de réparation devant le juge pénal ou devant le juge civil, lequel peut être saisi à l'issue du procès pénal ou l'être parallèlement. En ce dernier cas, toutefois, l'adage selon lequel «*le criminel tient le civil en état*» impose au juge civil de suspendre sa saisine dans l'attente de la décision pénale¹³⁹. Une fois rendue, par ailleurs, la décision pénale a en principe¹⁴⁰ *autorité de chose jugée* sur la décision civile: le juge civil ne peut aller à l'encontre de ce qui a été certainement et nécessairement décidé par le juge répressif relativement aux faits dont il a été saisi et qui fondent la demande de réparation. Ainsi, si un médecin est, au pénal, reconnu coupable de coups et blessures involontaires (article 418 du Code pénal) et si la victime fonde sa demande d'indemnisation sur un comportement qui a été qualifié de tel, le constat de l'existence de l'infraction induira nécessairement la reconnaissance d'une faute civile (article 1382 du Code civil) et il y aura lieu à réparation si la preuve du lien causal et du dommage est rapportée.

27. Une procédure souvent délaissée. La procédure pénale est rarement choisie par les justiciables qui préfèrent la souplesse de la procédure civile. Pour la partie civile, les caractères unilatéral¹⁴¹ et secret¹⁴² des phases d'information (par le parquet) et d'instruction (en cas de saisine d'un juge d'instruction) sont, en effet, souvent perçus comme des obstacles.

SECTION 3. ÉVALUATION DES PROCÉDURES JUDICIAIRES

28. Les inconvénients de la procédure judiciaire. La procédure judiciaire présente plusieurs inconvénients pour les justiciables. Premièrement, l'arriéré judiciaire étant particulièrement important, la procédure est nécessairement longue, outre que la complexité du litige, le nombre de parties impliquées et le recours à une expertise judiciaire seront des facteurs à mêmes d'allonger sensiblement la durée de la procédure.

¹³⁵ En matière médicale, la juridiction compétente sera le tribunal correctionnel.

¹³⁶ L'action publique n'est jamais mise en œuvre par la victime, mais bien par le Ministère public.

¹³⁷ Articles 145 et 182 du CiCr.

¹³⁸ Article 63 du CiCr.

¹³⁹ À tout le moins s'il existe un risque de contradiction entre les décisions rendues au pénal et au civil.

¹⁴⁰ La jurisprudence récente de notre Cour de cassation offre des tempéraments à ce principe.

¹⁴¹ Le caractère unilatéral découle de l'idée selon laquelle le parquet, qui représente les intérêts de la société, doit pouvoir mener son enquête sans être « dérangé » par l'intervention de l'inculpé ou de la partie civile. Cet esprit a connu des tempéraments avec l'entrée en vigueur de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction (*Mon.b.*, 2 avril 1998), qui a offert à l'inculpé et à la partie civile une place plus importante. Les parties peuvent ainsi solliciter la réalisation de mesures d'instruction complémentaires (art. 61 *quinquies* du CiCr).

¹⁴² Le caractère secret ne signifie pas que la victime n'a aucun droit de regard, mais que tout accès au dossier est conditionné à une autorisation du juge d'instruction (article 61 *ter*, § 1^{er} du CiCr).

Le coût de la procédure constitue également un frein important. Outre les frais d'avocats et de la procédure elle-même¹⁴³, en matière civile¹⁴⁴, il revient par ailleurs généralement au demandeur d'avancer les frais d'expertise. Enfin, si la demande est ensuite jugée irrecevable ou non-fondée, il conviendra, en outre, de s'acquitter de l'indemnité de procédure, qui est une somme forfaitaire supportée par la partie qui succombe au bénéfice de celle qui obtient gain de cause¹⁴⁵.

29. Les avantages de la procédure judiciaire. Malgré ces obstacles, la voie judiciaire reste privilégiée car elle offre un cadre empreint d'indépendance et d'impartialité et bénéficie d'une plus grande crédibilité¹⁴⁶. La reconnaissance du « statut » de victime par un juge influence probablement aussi un tel choix. Enfin, la méconnaissance des voies alternatives au procès semble être un autre élément influent.

CHAPITRE 2. LES VOIES ALTERNATIVES AUX PROCEDURES JUDICIAIRES

SECTION 1. L'INTERVENTION DU FONDS DES ACCIDENTS MÉDICAUX

30. Introduction. Abrogeant et remplaçant deux lois mortes-nées du 15 mai 2007¹⁴⁷, la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé¹⁴⁸ a institué un Fonds (d'indemnisation) des accidents médicaux (en abrégé, et ci-après « FAM »), qui est un service spécial de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité¹⁴⁹. Ce fonds peut¹⁵⁰ être appelé à intervenir dès qu'un dommage « résulte de soins de santé »¹⁵¹, c'est-à-dire dès qu'il « trouve sa cause dans une prestation de soins de santé¹⁵² et [...] découle : a) soit d'un fait engageant la responsabilité d'un prestataire de soins; b) soit d'un accident médical sans responsabilité ».

La création de ce Fonds s'inscrit dans une volonté de faire intervenir la solidarité nationale face au risque médical auquel sont confrontés tous les citoyens¹⁵³, et de ne pas exclure par principe toute réparation des conséquences dommageables résultant d'un aléa thérapeutique comme l'impose le régime de la responsabilité civile¹⁵⁴. Elle rencontre toutefois aussi les

¹⁴³ Le coût d'une citation se situe en moyenne autour de 250 €.

¹⁴⁴ En matière pénale, les frais d'expertise ou de tout autre devoir seront pris en charge par l'État.

¹⁴⁵ Article 1022 du Code judiciaire.

¹⁴⁶ La réforme de l'expertise, intervenue en 2007, renforce ce sentiment en octroyant un rôle actif au juge: il fixe les délais de convocation des parties et dépôt du rapport, il est le garant du respect du contradictoire et peut, à tout moment, être interpellé si des difficultés sont rencontrées par les parties.

¹⁴⁷ Loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, *Mon.b.*, 6 juillet 2007 ; loi du 15 mai 2007 concernant le règlement des différends dans le cadre de la loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, *Mon.b.*, 6 juillet 2007.

¹⁴⁸ *Mon.b.*, 2 avril 2010, p. 19.193, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2012.

¹⁴⁹ Le FAM était initialement un organisme public doté d'une personnalité juridique propre. L'intégration au sein de l'INAMI a été réalisée le 1^{er} avril 2013 (voy. la loi du 19 mars 2013 portant des dispositions diverses en matière de santé (I), *Mon. b.*, 29 mars 2013).

¹⁵⁰ Cette voie reste en effet facultative tant que le patient ou ses ayants droit n'ont pas obtenu l'indemnisation qu'ils attendent.

¹⁵¹ Article 3, § 1^{er}.

¹⁵² Sur cette notion, voy. l'article 2, 4^o.

¹⁵³ Voy. le FAM, *Rapport d'activité du Fonds des accidents médicaux 2016*, p. 5 (document disponible en ligne à l'adresse <http://www.riziv.fgov.be/fr/publications>).

¹⁵⁴ Voy. aussi l'intervention de la Ministre reproduite dans le rapport du 26 février 2010 fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société par Mme C. BURGEON, *Doc. Parl., Ch.*, 2009-2010, 2240/006, p. 4.

attentes exprimées par les prestataires de soins, spécialement les médecins¹⁵⁵, stigmatisés par la mise en cause de leur responsabilité, tenus de supporter des primes d'assurance de plus en plus élevées et qui, au vu de ces circonstances, peuvent adopter une attitude défensive qui n'est favorable ni au progrès ni à la confiance nécessaire à toute relation de soins.

31. Les innovations de la loi. La loi du 31 mars 2010 est doublement novatrice. Elle l'est, tout d'abord, en ce qu'elle prévoit une prise en charge collective de certains accidents qui ne sont imputables à *aucune responsabilité*¹⁵⁶, et que le droit de la responsabilité civile laisse sans réparation¹⁵⁷. Elle l'est, ensuite, par sa volonté d'articuler l'intervention du Fonds avec les procédures judiciaires classiques. En effet, en présence de faits *engageant la responsabilité civile*, deux voies procédurales sont désormais ouvertes: *soit* saisir un juge dans le cadre d'une action fondée sur le droit de la responsabilité¹⁵⁸, *soit* solliciter l'intervention du FAM, dans le cadre d'une procédure gratuite¹⁵⁹ (pour le patient¹⁶⁰), amiable et (voulue) plus rapide, procédure qui n'exclura par ailleurs pas un recours judiciaire ultérieur en cas de contestation de la proposition d'indemnisation¹⁶¹.

Les règles applicables à la réparation des dommages devant le Fonds sont celles du droit commun, spécialement les principes de la réparation intégrale et *in concreto*¹⁶².

§ 1^{er}. Le champ d'application de la loi

32. Introduction. Le FAM organise l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé qui se sont produits après le 2 avril 2010¹⁶³ sur le territoire belge, indépendamment de la nationalité ou du lieu de résidence du demandeur. En 2016, il a supporté un montant total de 4.012.057,60 euros à titre d'indemnisation¹⁶⁴.

33. Le domaine d'application *ratione materiae*. Le FAM peut être appelé à intervenir dès qu'un dommage « *résulte de soins de santé* ». La causalité s'entend largement: il suffit que la prestation ait eu « *un impact (...) sur la survenance, l'évolution ou l'ampleur du dommage* »¹⁶⁵.

Les dommages consécutifs à une chirurgie purement esthétique ainsi que ceux qui sont soumis à la loi du 7 mai 2004 relative à l'expérimentation sur la personne humaine¹⁶⁶ sont toutefois exclus (article 3, § 2).

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 4-5.

¹⁵⁶ Exposé des motifs, *Doc. Parl., Chambre*, 2009-2010, n°2240 et n°2241, p. 11.

¹⁵⁷ Voy. Exposé des motifs, Projet de loi relatif à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé, *Doc. parl.*, sess. ord. 2009-2010, n°52-2240/001, p. 8. Voy. également Rapport du 26 février 2010, *Doc. Parl., Ch.*, 2009-2010, 2240/006, p. 6.

¹⁵⁸ Article 3, § 1^{er}; Projets de loi, *Doc. Parl., Chambre*, 2009-2010, n°2240 et n°2241, p. 9.

¹⁵⁹ Article 20.

¹⁶⁰ Les frais seront portés à charge du prestataire de soins si sa responsabilité est reconnue.

¹⁶¹ Exposé des motifs, Projet de loi, *Doc. parl.*, sess. ord. 2009-2010, n°52-2240/001, p. 13.

¹⁶² Voy. *supra* n°17.

¹⁶³ Article 35, § 2.

¹⁶⁴ FAM, *Rapport d'activités 2016*, précité, p.60. Le montant était de 1.230.796,05 euros fin 2015. Depuis sa création, 5.365.428,66 euros ont été versés aux victimes.

¹⁶⁵ *Doc. Parl., Chambre*, 2009-2010, n°2240 et n°2241, p. 23.

¹⁶⁶ Article 3, § 2; Projet de loi, *Doc. Parl., Chambre*, 2009-2010, n°2240 et n°2241, p. 11.

34. Le domaine d'application *ratione personae*. Le FAM peut être saisi par « toute personne qui s'estime victime d'un dommage résultant de soins de santé ou ses ayants droit »¹⁶⁷. On vise donc les victimes directes¹⁶⁸ et indirectes¹⁶⁹.

Il faut, par ailleurs, que l'acte ait été posé par un « prestataire de soins ». La notion vise les « institutions de soins de santé » (hôpitaux, centres de transfusion sanguine, laboratoires de biologie clinique principalement¹⁷⁰) et les « praticiens professionnels »¹⁷¹ (médecins, dentistes, pharmaciens, accoucheuses, kinésithérapeutes, infirmiers, etc.)¹⁷². Le dommage doit, enfin, trouver sa cause dans une « prestation de soins de santé », c'est-à-dire dans un acte dispensé dans le but « de promouvoir, de déterminer, de conserver, de restaurer ou d'améliorer l'état de santé du patient ou de l'accompagner en fin de vie »¹⁷³.

§ 2. Les conditions de l'intervention du Fonds

35. Introduction. Lorsqu'une victime s'adresse au FAM, celui-ci diligente la procédure et, le cas échéant, prend en charge la réalisation des expertises¹⁷⁴. C'est en soi une protection estimable dans un domaine marqué d'incertitude scientifique, où il peut être difficile d'accéder aux informations pertinentes¹⁷⁵.

A. L'accident « avec responsabilité »

36. Une intervention exceptionnelle du Fonds. Si, au terme de la mesure d'expertise, une responsabilité est établie, c'est en principe au prestataire, via son assureur, qu'il revient de supporter la charge de la réparation. La loi prévoit, toutefois, que le Fonds peut exceptionnellement être appelé à indemniser lui-même un tel dommage, en lieu et place du prestataire ou de son assureur¹⁷⁶. C'est le cas lorsque:

- le Fonds est d'avis que la responsabilité est établie et qu'elle n'est pas, ou pas suffisamment, couverte par une assurance¹⁷⁷,
- le Fonds estime que l'offre d'indemnisation présentée par le prestataire ou son assureur est « manifestement insuffisante »¹⁷⁸,
- une contestation est élevée par le prestataire ou son assureur quant à la responsabilité¹⁷⁹ ou l'assureur refuse de soumettre une offre d'indemnisation amiable¹⁸⁰, à condition, dans

¹⁶⁷ Article 12, § 1^{er}.

¹⁶⁸ Si la victime est une personne incapable, mineure ou majeure, elle pourra être représentée.

¹⁶⁹ Voy. *Doc.Parl., Chambre*, 2009-2010, n°2240 et n°2241, p. 28. Voy., par ailleurs, C.C., arrêt 111/2014 du 17 juillet 2014.

¹⁷⁰ Voy. l'article 2, 3°.

¹⁷¹ Article 2, 2° de la loi.

¹⁷² En vertu de l'article 2, 1°.

¹⁷³ Article 2, 4° de la loi. Notons que la notion s'interprète largement, et vise les actes de soins et les omissions.

¹⁷⁴ Le Fonds est, en effet, tenu d'organiser et de contrôler la tenue d'une expertise ; il s'assurera également de son caractère contradictoire. Quant à la valeur qu'il convient de conférer, dans le cadre d'une procédure en justice, à l'expertise diligentée devant le FAM, voy. Civ. Bruxelles francophone, 20 mars 2017, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, pp. 122-134, note W. BUELENS, pp. 135-139.

¹⁷⁵ G. SCHAMPS, *op.cit.*, R.G.A.R., 2014, 15035, spéc. n°8 et 16.

¹⁷⁶ Voy. *Doc.Parl., Chambre*, 2009-2010, n°2240 et n°2241, p. 32. Dans ce cas, le Fonds bénéficie d'un droit de subrogation, mais son intervention financière a lieu à ses risques et périls ; il pourrait être tenu de supporter définitivement le montant alloué à la victime si, dans le cadre d'une procédure en justice, le juge conclut à l'absence de responsabilité.

¹⁷⁷ Articles 4, 2° et 25, alinéa 1^{er}.

¹⁷⁸ Articles 4, 4° et 31.

¹⁷⁹ Articles 4, 3° et 30.

¹⁸⁰ Article 32.

ces deux situations, que le dommage réponde aux critères de gravité énoncés à l'article 5 de la loi.

B. L'accident médical « sans responsabilité »

37. La notion d'accident sans responsabilité. La loi reconnaît au patient « *un nouveau droit subjectif (...) qui lui permet d'être indemnisé (...) lorsque la responsabilité d'aucun prestataire de soins de santé ne peut être engagée* »¹⁸¹. L'accident médical sans responsabilité reçoit toutefois une définition légale propre, qui limite d'autant les possibilités d'indemnisation: il est un « *accident lié à une prestation de soins de santé, qui n'engage pas la responsabilité d'un prestataire de soins, qui ne résulte pas de l'état du patient et qui entraîne pour le patient un dommage anormal* »¹⁸².

L'anormalité¹⁸³ suppose que le dommage « *n'aurait pas dû se produire compte tenu de l'état actuel de la science*¹⁸⁴, *de l'état du patient*¹⁸⁵ *et de son évolution objectivement prévisible* »¹⁸⁶, le souci étant de limiter l'indemnisation aux seules « *conséquences imprévisibles d'une prestation de soins* »¹⁸⁷.

Le dommage doit, par ailleurs, présenter un certain seuil de gravité, déterminé selon les critères, quantitatifs et qualitatifs, précisés à l'article 5¹⁸⁸. Il faut ainsi que le dossier fasse ressortir *soit* une invalidité permanente au moins égale à 25 %, *soit* une « *incapacité temporaire de travail* » de minimum six mois consécutifs ou six mois non consécutifs sur une période de douze mois; *soit* encore l'existence de « *troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence du patient* »; *soit*, enfin, un décès. Un seul de ces critères suffit.

Ajoutons que la loi affirme que « *L'échec thérapeutique et l'erreur fautive de diagnostic ne constituent pas un accident sans responsabilité* ».

§ 3. Évaluation de la procédure devant le Fonds

38. Des objectifs louables. La loi du 31 mars 2010 répondait à des objectifs louables, rencontrant les intérêts tant des patients que des médecins, et de leurs assureurs. Pour le patient, la gratuité de la procédure constitue un avantage considérable comparé à la procédure civile.

¹⁸¹ Exposé des motifs, Projet de loi, *Doc.Parl., Chambre*, 2009-2010, n°2240 et n°2241, p. 11.

¹⁸² Sur les critères précis d'appréciation, voy. W. BUELENS, « Abnormale schade in het Wet Medische Ongevallen: een eerste commentaar bij een advies van het Fonds voor Medische ongevallen », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, pp. 66-73

¹⁸³ Article 2, 7° de la loi.

¹⁸⁴ L'état actuel de la science invite à prendre en considération les risques connus de certaines interventions (Avis n°4 du FAM, disponible à l'adresse <http://www.fmo.fgov.be/fr/about-us/avis/index.html>) et les connaissances scientifiques « *en ce compris son niveau le plus élevé* » (Projet de loi, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, sess. ord. 2009-2010, n°52-2240/001, p. 24).

¹⁸⁵ Le critère de l'état du patient tient compte de sa situation personnelle, « *déterminée en fonction de ses antécédents, de ses prédispositions particulières telles que son âge, ses capacités physiques* » (*Doc. Parl., Chambre*, 2009-2010, n°2240 et n°2241, p. 25).

¹⁸⁶ Article 2, 7°. Voy. aussi l'exposé des motifs, Projet de loi, *Doc.Parl., Chambre*, 2009-2010, n°2240, pp. 24-25 et n°2241, p. 11.

¹⁸⁷ *Doc.Parl., Chambre*, 2009-2010, n°2240 et n°2241, p. 23.

¹⁸⁸ L'exposé des motifs précise que l'on apprécie ce seuil au regard du dommage résultant de l'accident, à l'exclusion d'éventuels dommages antérieurs (*Doc.Parl., Chambre*, 2009-2010, n°2240 et n°2241, p. 35).

Selon les données statistiques communiquées par le FAM, 411 dossiers – la plupart déposés par des victimes directes – ont été traités en 2016, dont un peu plus de 10 % (44 dossiers) ont reçu une issue favorable¹⁸⁹. La plupart des demandes concernent des dommages subis en milieu hospitalier, en pratique ambulatoire ou lors d'une hospitalisation (env. 85 %) ¹⁹⁰ ; celles relatives à une pratique médicale en cabinet privé atteignent environ 8,5% ¹⁹¹. Près de la moitié des demandes sont introduites par les patients eux-mêmes ¹⁹².

39. Une mise en œuvre délicate. Si la procédure devant le FAM est gratuite, encore faut-il préciser que les parties doivent supporter les frais de l'intervention de leurs éventuels conseils (avocat et médecin-conseil) ¹⁹³. De nombreux contrats d'assurance protection juridique ne prennent, par ailleurs, en charge les frais d'avocat que dans le cadre d'une procédure judiciaire, ce qui peut inciter à la préférer.

Le législateur avait, par ailleurs, annoncé que la procédure devant le FAM serait plus rapide que la procédure judiciaire. Malheureusement, depuis son lancement en 2012, le FAM a été saisi de 3.768 demandes ¹⁹⁴, une cinquantaine lui étant désormais adressée chaque mois ¹⁹⁵ et 70% de ces demandes attendent encore qu'il soit statué sur leur sort ¹⁹⁶.

SECTION 2. LA VOIE DE LA MÉDIATION

§ 1^{er}. La médiation régie par le Code judiciaire

40. Introduction. Depuis une loi du 21 février 2005 ¹⁹⁷, la 7^e partie du Code judiciaire est consacrée à la médiation, que l'on peut entendre, dans ce champ d'application ¹⁹⁸, comme (i) un processus structuré, coopératif et confidentiel ¹⁹⁹ (ii) volontaire ²⁰⁰ et de concertation amiable qui (iii) présente la spécificité d'être guidé par un tiers professionnel, neutre, indépendant et impartial qui demeure en retrait de la ou des solutions dégagées à son terme par les parties, solution(s) qu'il aura néanmoins contribué à faire émerger grâce à des techniques d'écoute, de communication et de négociation, sans les imposer ni les recommander.

¹⁸⁹ FAM, *Rapport d'activités 2016*, précité, p. 39.

¹⁹⁰ La majorité des cas concernent toutefois des accidents (péri)opératoires : FAM, *Rapport d'activités 2016*, précité, p.45. L'orthopédie est le plus souvent en cause (env. 30 %).

¹⁹¹ FAM, *Rapport d'activités 2016*, précité, p. 32.

¹⁹² 59,2% des demandes ont été introduites par les patients, 20,2 % par des organismes assureurs et à peine 8,7 % par des avocats (FAM, *Rapport d'activités 2016*, précité, p. 33).

¹⁹³ Ce qui n'est toutefois pas une obligation.

¹⁹⁴ FAM, *Rapport d'activités 2016*, précité, p. 24. Les dossiers se répartissent également entre les deux rôles linguistiques.

¹⁹⁵ FAM, *Rapport d'activités 2016*, précité, p. 26.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p.5.

¹⁹⁷ Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *Mon.b.*, 22 mars 2005, entrée en vigueur le 30 septembre 2005. Cette législation fera prochainement l'objet d'une réforme.

¹⁹⁸ C'est une vision restrictive, certaines composantes n'étant pas présentes dans tous les processus de résolution amiable pourtant qualifiés de « médiations » en droit belge. Ainsi, par ex., l'indépendance du médiateur et l'absence d'intervention active dans la recherche d'une solution amiable peuvent faire défaut dans la médiation hospitalière (voy. *infra* n°43 et 44).

¹⁹⁹ Consacrée par l'article 1728 du Code judiciaire.

²⁰⁰ Consacré par l'article 1729 du Code judiciaire.

41. Deux types de médiations. Le Code judiciaire régit deux types de médiation²⁰¹ : la médiation « *judiciaire* »²⁰² et la médiation « *volontaire* »²⁰³. La première est celle qui prend place dans un cadre judiciaire: un juge a été saisi et ce dernier l'ordonne, avec l'accord des parties, en cours d'instance²⁰⁴. À son issue, soit les parties sont parvenues à un accord, fût-il partiel, et il peut être homologué par le juge²⁰⁵, soit, en l'absence d'accord, « *la procédure est poursuivie au jour fixé, sans préjudice de la faculté pour le juge, s'il l'estime opportun et moyennant l'accord de toutes les parties, de prolonger la mission du médiateur pour un délai qu'il détermine* »²⁰⁶. Pour sa part, la médiation « *volontaire* » est celle qui est initiée indépendamment ou parallèlement à la saisine d'un juge ou d'un arbitre, mais dans le respect des exigences du Code judiciaire. Dès lors qu'elle est menée avec le concours d'un médiateur agréé, l'accord pourra faire l'objet d'une homologation et, dès lors, se muer en jugement exécutoire.

42. Évaluation. Bien que la médiation se développe depuis quelques dizaines d'années, elle reste peu pratiquée, *a fortiori* dans le domaine médical, même s'il est difficile de dresser un état des lieux en l'absence de données publiées. Un manque d'information et de sensibilisation du public et une certaine réticence des avocats, voire des assureurs – fût-ce en raison de craintes tenant à un allongement du traitement de la demande si la médiation n'aboutit pas – restent des freins à sa mise en œuvre. Dans ce domaine, s'ajoutent par ailleurs la gravité, pour les patients, de l'accident dont ils s'estiment victimes, et la dimension souvent éminemment conflictuelle de la relation entre parties. Pour ces motifs, les victimes préfèrent s'en remettre aux tribunaux, qui offrent une garantie d'impartialité et manifestent un souci de protection des parties faibles.

§ 2. La fonction de médiation « *droits du patient* »

43. Les droits légaux des patients. Une loi du 2 août 2002 relative aux droits du patient²⁰⁷ a consacré huit droits que les patients peuvent faire valoir dans leurs relations avec des prestataires et dont la méconnaissance peut justifier une responsabilité²⁰⁸: (i) le droit à des prestations de qualité; (ii) le droit au libre choix du praticien et celui de modifier ce choix; (iii) le droit à obtenir toutes les informations pouvant être nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable, ainsi que le droit d'être informé sur la couverture d'assurance du prestataire et son statut d'autorisation à exercer sa profession; (iv) le droit de consentir librement moyennant une information préalable et, dans le prolongement, le droit de refuser ou de retirer son consentement; (v) le droit à un « *dossier de patient* », ainsi que le droit de le consulter, de le faire rectifier et d'en obtenir une copie; (vi) le droit à la protection de la vie privée et au respect de son intimité; (vii) le droit de recevoir les soins les plus appropriés visant à prévenir, écouter, évaluer, prendre en compte, traiter et soulager la douleur

²⁰¹ Les autres médiations, soit les médiations « *libres* » ou hors cadre légal, demeurent envisageables dans la pratique, et ne sont pas en soi invalidées. Elles n'offriront toutefois pas, par elles-mêmes, les garanties légales offertes par le Code judiciaire et, surtout, elles ne permettront pas une homologation judiciaire de l'accord obtenu à leur terme.

²⁰² Régie par les articles 1734 à 1737 du Code judiciaire.

²⁰³ Régie par les articles 1730 à 1733 du Code judiciaire. Le terme est impropre, la médiation étant, par définition, un processus volontaire. On préférera le terme de médiation « *extrajudiciaire* ».

²⁰⁴ Article 1734, § 1^{er} du Code judiciaire.

²⁰⁵ Le juge est *tenu* d'homologuer l'accord sauf s'il porte atteinte à l'ordre public (article 1736, C. jud.). L'ordonnance d'homologation est un jugement au sens de l'article 1043 du Code judiciaire.

²⁰⁶ Articles 1736 *in fine* et 1737 du Code judiciaire.

²⁰⁷ *Mon.b.*, 26 septembre 2002.

²⁰⁸ Selon les règles exposées *supra* n°4 et s.

et, enfin, (viii) le droit d'introduire une plainte concernant le respect des droits légaux ainsi énoncés.

L'institution d'une fonction de médiation traduit la mise en œuvre de ce dernier droit: celui de déposer une « *plainte* » en cas de méconnaissance des autres droits, que ce soit au sein de l'établissement hospitalier au bénéfice duquel un praticien professe²⁰⁹ ou, à défaut, auprès d'une Commission fédérale « *droits des patients* », dont le Service de médiation « *droits du patient* » est compétent pour connaître de telles demandes²¹⁰. Le processus de médiation est, ici également, gratuit pour le patient.

44. Évaluation. Aucun chiffre officiel n'est publié, mais, en 2013, G. Simon, président d'une association représentative des médiateurs en soins de santé (l'AMIS), dressait un bilan de la fonction de médiation de plaintes²¹¹. L'auteur faisait alors état d'une majorité de plaintes relatives à la qualité des soins (67% pour les hôpitaux et 68% pour les hôpitaux psychiatriques), les autres concernant principalement le respect du droit à l'information (13% pour les hôpitaux et 11% pour les hôpitaux psychiatriques), la consultation du dossier « *patient* » (8% pour les hôpitaux) ou le consentement libre et éclairé (9% pour les établissements psychiatriques). De leur côté, les médiateurs hospitaliers déclaraient rencontrer plusieurs difficultés, notamment dans le déroulement de la médiation (30%), en ce qui concerne les ressources matérielles et humaines à leur disposition (26%), mais également quant au maintien de leur neutralité et de leur impartialité²¹².

Si le processus de médiation organisé en vue d'assurer le respect des droits du patient peut aboutir à un accord amiable, encore celui-ci ne concernera-t-il, dans la pratique, que les cas de moindre gravité, par exemple en cas de contestation d'une facture ou en vue d'obtenir la communication du dossier médical. Ce type de procédure apparaît peu adéquat lorsque l'enjeu est d'apprécier une responsabilité et ses conséquences financières.

CONCLUSION

45. En l'état actuel du droit belge et des pratiques, malgré ses difficultés probatoires, son coût et ses lenteurs, la voie judiciaire, principalement celle d'une procédure civile, reste privilégiée par une majorité de patients.

Quant aux processus de médiation, organisés par le Code judiciaire ou en matière de soins de santé, le statut du médiateur (à tout le moins le médiateur hospitalier), l'important déséquilibre qui caractérise toute relation de soins, la complexité et la technicité des dossiers ainsi que la gravité des dommages font que cette voie amiable n'apparaît pas la plus adaptée, à tout le moins lorsqu'il s'agit d'établir un fait générateur de responsabilité.

²⁰⁹ Article 30 de la loi coordonnée sur les hôpitaux et les autres établissements de soins (Loi coordonnée le 10 juillet 2008, *Mon.b.*, 7 novembre 2008).

²¹⁰ Le service fédéral de médiation « *droits du patient* » est compétent pour connaître des plaintes introduites à l'encontre d'un médecin qui ne professe pas en milieu hospitalier (pratique indépendante) ou qui preste au sein d'un établissement de soins non hospitalier (comme une maison de repos et de soins, par ex.).

²¹¹ G. SIMON, « La médiation dans le secteur des soins de santé fête ses dix ans », *Hospitals.be*, 2013, n°3, p. 8.

²¹² Les médiateurs hospitaliers sont engagés et rémunérés par l'hôpital, ce qui les prive d'un statut d'indépendance et de neutralité aux yeux des patients. Par ailleurs, en tant que membres du personnel de l'établissement, en contact avec ses autres composantes, ils éprouvent également des difficultés à « *dénoncer* » les plaintes des patients.

Malgré les atouts vantés, en termes de gratuité, de rapidité et d'intervention financière, le FAM peine, quant à lui, à gagner la place qui devrait naturellement lui revenir parmi les voies d'indemnisation des accidents médicaux. Il reste peu connu, même si les statistiques publiées depuis sa création témoignent de sa saisine de plus en plus fréquente par une majorité de patients qui ne sont pas assistés de conseils juridiques. Il conviendrait de le doter de moyens financiers, matériels et humains à la mesure de l'importance de la mission qui lui est dévolue et de contribuer à sa meilleure visibilité.

Texte à jour au 1^{er} janvier 2018.